

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

DIRJENANE FERREIRA NUNES SOARES

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS ÍNDIOS POR DANO
AMBIENTAL**

Brasília

2018

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS ÍNDIOS POR DANO AMBIENTAL

Autor: Dirjenane Ferreira Nunes Soares

Orientador: Prof. Dra Gabriela Garcia Batista Lima
Moraes

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel, no Programa de
Graduação da Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília.

Brasília, 03 de dezembro de 2018.

FOLHA DE APROVAÇÃO

DIRJENANE FERREIRA NUNES SOARES

A responsabilização civil dos índios por dano ambiental.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel), no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 03 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Gabriela Garcia Batista Lima Moraes
(Orientadora)

Prof. Dra. Livia Gimenes Dias da Fonseca
(Membro)

Prof. Dr. Fabrício Ramos Ferreira
(Membro)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
(Suplente)

Agradecimentos

A Deus por ter me dado forças para superar todas as dificuldades que apareceram no caminho universitário.

A Universidade de Brasília e a Faculdade de Direito, pela qualidade de ensino e pelo apoio.

A todos os professores que me permitiram o aprendizado, não só jurídico, mas da ética profissional. Em especial, obrigada a minha orientadora Gabriela Garcia Batista Lima Moraes, pelo cuidadoso trabalho nos últimos meses, pelos ensinamentos, pela paciência e pela disponibilidade. Meu mais sincero agradecimento.

Aos membros da banca examinadora: Livia Gimenes e Fábriício Ferreira, que aceitaram meu convite e contribuíram com suas opiniões e sugestões para o presente trabalho..

Aos meus pais, Francisco e Francilene, pelo carinho e apoio, e por todos os ensinamentos que me tornaram quem eu sou. Esse trabalho não seria possível sem vocês. Aos meus irmãos, Dirlyane, Erick e Ellen Caroline pelo carinho e atenção.

Ao melhor companheiro de estrada que eu poderia ter: meu marido Eriwelton Soares. Pelos conselhos, pela paciência, pelo sobrenome e pelo apoio incondicional ao longo de toda a graduação. Aos meus filhos, Dante e Loreley, pela inspiração e motivação para seguir em frente.

Aos meus outros familiares, amigos e colegas, por sempre estarem torcendo por mim.

Por fim, a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, na minha formação.

FICHA CATALOGRÁFICA

Soares, Dirjenane A responsabilização civil dos índios por dano ambiental. / Dirjenane Soares; orientador Gabriela Garcia Batista Lima Moraes. - Brasília, 2018. 55 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2018.

1. Direitos Indigenistas. 2. Direito Ambiental. 3. Responsabilidade civil ambiental. 4. Tutela indígena exercida pela FUNAI.. I. Garcia Batista Lima Moraes, Gabriela, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SOARES, DFN. (2018). A responsabilização civil dos índios por dano ambiental. Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 55 p.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	1
1) A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REFORÇO DA AUTONOMIA INDÍGENA.....	9
1.1. A individualização da responsabilização civil do índio.....	9
1.1.1. A responsabilidade individualizada como oposição ao sistema tutelar e reforço da autonomia.....	10
1.1.2. A existência de abusos cometidos na atuação tutelar e a falta de amparo do sistema tutelar na legislação atual.....	16
1.2. A Responsabilidade Civil Indígena na Jurisprudência.....	24
1.2.1 Da necessidade de superação dos argumentos de incapacidade e regime de tutela.....	25
1.2.2 Paradigma da incorporação: Da não aplicação do conceito de índios integrados.....	29
1.2.3 Da responsabilização de forma individualizada.....	31
2) LIMITES À RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL PERANTE A PROTEÇÃO INDÍGENA CONSTITUCIONAL.....	34
2.1. Caracterização da responsabilidade objetiva: reconhecimento da tradicionalidade como um elemento subjetivo da ação.....	35
2.2. O reconhecimento da tradicionalidade: meio de prova no Judiciário. .	40
CONCLUSÃO.....	43
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

Resumo

A responsabilização de indígena por dano ambiental envolve os direitos indígenas a seus usos e costumes e o direito ao meio ambiente equilibrado. Também gira em torno de uma discussão sobre autonomia, haja vista a existência de julgados que responsabilizam a FUNAI e não os autores do dano ambiental, com base no instituto da tutela e da culpa *in vigilando*. Por envolver o paradigma integracionista e não ser compatível com a legislação nacional e internacional, a tutela não deve ser usada e a responsabilização deve ser individualizada. A proteção constitucional aos indígenas faz com que danos feitos de forma tradicional não sejam responsabilizáveis. A análise da tradicionalidade é um elemento subjetivo.

Palavras-chaves: responsabilidade civil ambiental; autonomia indígena; tutela; FUNAI; tradicionalidade.

Abstract

Indigenous people liability for environmental damage involves both indigenous people rights to their uses and customs and the right to a balanced environment. It also revolves around a discussion about autonomy, given the existence of judgments that hold FUNAI liable and not the perpetrators of environmental damage, based on the tutelage institute and *in vigilando* guilty. Since it involves the integration paradigm and is not compatible with national and international legislation, tutelage should not be used and accountability should be individualized. The constitutional protection of indigenous people means that damage done in a traditional way is not to be blamed. The analysis of traditionality is a subjective element.

Keywords: environmental liability; indigenous autonomy; guardianship; FUNAI; traditionality.

Lista de Acrônimos

SPILTN *Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais*

SPI *Serviço de Proteção aos Índios*

FUNAI *Fundação Nacional do Índio*

INTRODUÇÃO

A responsabilização do indígena por dano ambiental é complexa haja vista a coexistência de duas proteções constitucionais que nesse momento parecem se tornar incomensuráveis: a proteção constitucional ambiental amparada na responsabilidade civil objetiva e a proteção constitucional indígena. Ocorrendo dano ambiental em terra indígena, por indígena ou com a participação deles, como é feita a responsabilização? Existem algumas opções jurídicas: 1) responsabilidade direta, através de líder da tribo ou dos autores do dano; ou 2) indireta, através da FUNAI. Além disso, há que se falar nas limitações a essa responsabilidade, o que abre mais três opções: a) a impossibilidade total de responsabilizar, pois o direito indígena sobre as terras é originário e anterior a proteção ambiental, devendo aquele prevalecer sobre este; b) a possibilidade de responsabilizar quanto ao uso não tradicional das terras, haja vista que a proteção constitucional é ao modo de vida tradicional indígena e os direitos deles não são absolutos, devendo sempre ter em vista um balanceamento entre eles e a proteção ambiental; ou c) a possibilidade de responsabilizar por todo e qualquer dano, considerando a aplicação de uma tese de responsabilidade integral e objetiva, que costuma ser a tese usada em questão ambiental.

A fim de se abordar a possibilidade de responsabilização por danos ambientais cometido por indígenas é necessário antes, se definir o que se entende como indígena, em breves apontamentos que incluem, inclusive, como se institucionalizou o aparato estatal na sua relação com os indígenas.

Há uma certa confusão no senso comum, e a ideia mais presente no imaginário popular é a de que eles permanecem iguais ao que eram no século XV, antes do contato com os povos europeus. Dessa forma, a sua quantidade hoje seria extremamente reduzida e estaria concentrada principalmente em tribos que permanecem em isolamento. Diametralmente

oposto a essa ideia, acredita-se que os povos mudam com o decorrer do tempo, sem perder necessariamente sua essência¹.

A ideia de que apenas silvícolas, isto é, povos que vivem na natureza, seriam dignos da proteção especial conferida aos índios, implica que índios “aculturados” não seriam mais índios.² Ocorre que isto é uma visão etnocêntrica³, que encara como uma tendência natural a passagem do “estado selvagem” para o “estado civilizado”.⁴ O fato é que os índios não são um estado anterior ao dos povos europeus. Portanto, não é possível que eles se “transformem” em não-índios. Com isso, o mais importante é i) a autoidentificação e ii) a identificação dos seus pares. Isto é, basta que o próprio integrante dessas etnias se veja como pertencente a elas. De forma complementar, os outros membros do grupo o reconhecerem como pertencente contribui para essa conceituação. Esses são justamente os critérios reconhecidos legalmente, tanto pela Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, quanto pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001/73).⁵

1 LUCIANO, Gersem dos Santos. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. 2006. fls. 34/38.

2 É importante compreender isso pois caso seu status de índio seja negado em caso de conduta não tradicional, sequer haveria qualquer proteção especial em caso de dano ambiental cometido de forma não tradicional, de tal forma que sequer haveria o auxílio da FUNAI no processo. Além disso, o conceito de índio deve ficar bem claro pois marca um recorte do presente trabalho na medida que define quem pode ser responsabilizado pelo dano ambiental da forma que estamos aqui tratando.

3 Etnocentrismo é um conceito antropológico. Trata-se de uma visão que toma a cultura do outro (alheia ao observador) como algo menor, sem valor, errado, primitivo. Ou seja, a visão etnocêntrica desconsidera a lógica de funcionamento de outra cultura, limitando-se à visão que possui como referência cultural. RIBEIRO, Paulo Silvino. Etnocentrismo.

4 LACERDA, Rosane Freire. Diferença não é incapacidade. Gênese e Trajetória Histórica da Concepção da Incapacidade Indígena e sua Insustentabilidade nos Marcos do Protagonismo dos Povos Indígenas e do Texto Constitucional de 1988. 2007. fls. 12/13

5 <http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3>

Importante ressaltar que o termo “índios” é um termo genérico e generalizante, que tende a tratar todos os povos pré-colombianos como se fossem a mesma coisa, quando na verdade inclui uma quantidade imensa de etnias, cada qual com suas particularidades. Ocorre, entretanto, que esses povos também possuem muitas demandas em comum, como a busca por ter seus territórios reconhecidos, de tal forma que muitas vezes etnias diferentes se unem para pleitear direitos de forma conjunta. Por conta disso, e para efeitos didáticos, o termo será aqui utilizado para se referir a todas as etnias indígenas⁶, não querendo com isso tornar invisível a individualidade de cada uma delas.

O segundo ponto importante a se ter em consideração é a visão do “outro” que se tem sobre eles. Isso é relevante, uma vez que essa visão é diretamente relacionada ao tratamento jurídico conferido a eles. Desde os períodos coloniais, figuram duas visões principais e entre elas há um ponto em comum: a necessidade de tutela. A primeira dessas visões era de povos selvagens, canibais, preguiçosos, aproveitadores, que precisavam ser tutelados para garantir que não cometessem atos contrários ao interesse nacional; e a segunda era a de povos inocentes, “bons selvagens”, coitados, que precisavam ser protegidos do maligno homem branco, através da tutela. Fosse por inocência ou por malícia, em ambos os casos se entedia que os atos feitos por eles deveriam ser controlados. Por conta disso, viu-se a necessidade de criar órgãos especializados para cuidar dessas questões.

A criação desses órgãos especializados, primeiro a SPILTN (Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais), depois a SPI (Serviço de Proteção aos Índios) e, mais recentemente, a FUNAI (Fundação Nacional do Índio) tiveram como escopo esse controle. Esse controle se dava por uma questão majoritariamente política e se concretizava no instituto da tutela.

6 Frise-se que não serão abordadas outras etnias, como quilombolas e outras populações tradicionais, uma vez que elas possuem tratamento jurídico totalmente diverso entre si, cabendo uma análise própria para cada uma delas. Não se trata de forma alguma de demérito a esses grupos, mas simplesmente de uma opção metodológica.

Quando se fala na responsabilidade por dano ambiental com ação ou com participação de um indígena, há de se buscar compreender se essa responsabilização deve ser em nome da FUNAI ou ser individualizada. A problemática é justamente admitir que a responsabilização indireta (pela FUNAI) significa ignorar a autonomia ganha pelos índios ao longo do tempo e reforçar o controle da tutela, conforme se verá ao longo do presente estudo.

Faz-se importante uma breve retrospectiva histórica sobre a criação e funcionamento desses órgãos representativos, pois isso revela como o Estado brasileiro lidou com a questão indígena ao longo dos anos e mostra detalhes de como a tutela era efetuada. Perceber como a tutela se dava, por sua vez, é importante pois demonstra a incompatibilidade entre ela e o momento atual. Enquanto a tutela representa um controle sobre os índios, para garantir que eles sigam os interesses da maioria, o momento atual, tanto no Brasil quanto internacionalmente, é o de liberdade para garantir os direitos das minorias.⁷

Historicamente, esse controle sobre os índios através da tutela e a perspectiva de incorporação⁸ foram constantes no trato com os povos que aqui habitavam. A SPILTN, foi fundada em 1910, vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, não só para prestar assistência aos índios, mas principalmente para garantir que eles passassem a integrar centros agrícolas com o passar do tempo, a medida que eles fossem sendo integrados e assimilados pela cultura nacional.⁹¹⁰¹¹

7 LACERDA, 2007, fls. 12/13.

8 A perspectiva de incorporação e o paradigma integracionista eram a ideia de que os índios seriam, em algum momento, incorporados a comunhão nacional, deixando de ser índios. (LACERDA, 2007, fl. 76.)

9 Decreto n.º 8.072, de 20 de junho de 1910, cf. CLB, 1910 [1911] : 943. Revogado pela legislação que instituiu a SPI.

10 LACERDA, 2007, fl. 70.

11 O SPI passou por várias mudanças em seu vínculo. Originalmente era vinculado ao Ministério do Trabalho Indústria e Comércio, o que demonstrava o olhar para a política

Não é por acaso que o Código Civil de 1916, que permaneceria em vigor por quase um século, continha a denominação de silvícola e dizia que eles estavam incluídos entre os relativamente incapazes, devendo estar sujeitos ao regime tutelar até que se adaptassem ao resto da sociedade (art. 6º). O paradigma integracionista e a utilização da tutela nesse contexto auxiliaram para que se consolidasse a visão de proteção aos indígenas de forma semelhante ao que se dá com menores órfãos, que é uma proteção de cunho patrimonial e de âmbito privado¹².

Mesmo quando a SPILTN passou a ser apenas Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em 1918, e quando houve uma regulamentação da situação jurídica de forma mais específica, por meio do Decreto nº 5.484/1928, a situação não mudou muito¹³

Quando a FUNAI é instituída, em 1967, para substituir a SPI, suas funções incluíam a gestão do patrimônio indígena, bem como a representação e assistência jurídica e a promoção da educação a fim de promover a integração à sociedade nacional. Ou seja, mesmo a mudança de órgão não foi o bastante para mudar o paradigma integracionista. Por conta

indigenista de forma mais patrimonial. Em 1934, no entanto, ele foi transferido para o Ministério da Guerra, por envolver questões de proteção de fronteira e de resguardo de nacionalidade, o que, por sua vez, demonstrava uma preocupação muito recorrente, que é o temor acerca da existência potencial de risco à nação brasileira, a depender de quais direitos são garantidos aos indígenas. Por fim, em 1940, foi mandado para o Ministério da Agricultura, haja vista aquela ideia de que os índios se transformarão em agricultores. (LACERDA, 2007, fls 70/76) Essas mudanças frequentes evidenciam que o Estado não sabia como lidar com a questão, então oscilava com frequência. Ainda assim, a ideia de que os índios precisavam de regulação era uma constante, bem como o paradigma integracionista.

12 LACERDA, 2007, fl. 73.

13 A pouca mudança foi que a tutela, que antes tinha âmbito privado, passou a ter âmbito público, na medida que o Estado cuidaria dela e ela seria exercida pelos agentes do SPI, que poderiam requerer ou nomear procuradores para representar os índios. Mesmo assim, a ideia é que eles só saíam do sistema tutelar se incorporados a sociedade, quando deixariam de ter capacidade restrita (LACERDA, 2007, fl. 73.)

disso, o Estatuto do Índio, como ficou conhecida a Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, também foca tanto no paradigma integracionista quanto na função de tutela. Conforme explicita LACERDA o objetivo do Estatuto era preservar a cultura dos índios e suas comunidades e integrá-los progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional.¹⁴

Essa retrospectiva histórica deixa claro que o instituto da tutela foi feita com um pressuposto errado, que é o mito da integração, e tinha uma intenção muito mais de controle do que de proteção, sendo, portanto, um instituto que fazia muito mal aos grupos tutelados, pois tinham o efeito de impedir que esses grupos seguissem seus próprios desígnios, trazendo sempre uma imposição de conduta alheia ao grupo. Por conta disso, responsabilizar em nome da FUNAI é antiético e imoral, pois envolve uma imposição de conduta vinda de um órgão que não necessariamente representa os interesses de seus representados.

Um terceiro ponto que deve ser esclarecido surge em relação à própria responsabilidade civil. Se tratando de dano cometido por indígena, a análise da tradicionalidade ou não da conduta não deixa de ser uma questão subjetiva. A responsabilidade civil, de forma geral, inclui a existência de uma ação ou omissão que causa um dano, com culpa, isto é, violando um dever de cuidado. Ou seja, são: o ato omissivo/comissivo, o dano, o nexo causal e a existência de culpa.

Quando se fala em responsabilidade civil ambiental, no entanto, haja vista a natureza excepcional do bem jurídico tutelado, o Legislador optou por definir que o elemento culpa não seria necessário para se configurar o dever. Daí dizer-se que a responsabilidade ambiental é objetiva, pois não se interesse pelo elemento volitivo do agente causador do dano. Além disso

14 Para isso, ele categorizava os índios como isolados, em via de integração ou integrados: Os primeiros, com pouco ou nenhum contato com elementos da comunhão nacional. Os segundos, com um grau de contato que já os tivesse conduzido a certa dependência econômica, embora conseguissem conservar parte das condições de sua vida nativa. Os terceiros, quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, apesar de ainda conservarem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (LACERDA, 2007, fl 82.)

não é imprescindível que haja cometido ato ilícito pois basta um dano advindo de uma atividade perigosa. Isso faz com que a lógica em dano ambiental por indígena seja bem diferente.

Essa preocupação com tradicionalidade se dá pois a proteção constitucional foca principalmente no modo de vida tradicional, em seus usos e costumes. Como a propriedade deles e seu direito ao modo de vida tradicional são direitos originários, o direito ambiental teria que se adequar a isso. Ou seja, se uma Unidade de Conservação é criada em sobreposição a uma terra indígena ela precisa, necessariamente, permitir o uso sustentável.

Ressalte-se aqui que o foco do presente trabalho é a responsabilidade civil ambiental. Essa opção foi feita considerando que se trata de um tema extenso, o que exigiu um recorte na pesquisa. Não se trata, portanto, de diminuir a importância da responsabilidade administrativa e da responsabilidade penal, sendo apenas uma opção metodológica, que não pretende exaurir o tema.

Tema esse que é de extrema relevância na atualidade. Considerando a existência de diversas áreas em que há sobreposição entre Unidades de Conservação (UC) e Terras Indígenas (TI), frequentemente ocorrem conflitos entre a proteção ambiental e a proteção indígena, por exemplo. A responsabilidade por danos ambientais, por se tratar de um bem jurídico constitucional relacionado a direito humano fundamental, tenha que adotar uma faceta ainda mais intensa – a responsabilidade civil objetiva, por exemplo – não podendo se limitar aos padrões gerais utilizados em outros danos, pois não são a eles equiparáveis. Por outro lado, há a preocupação, garantida constitucionalmente, de proteger os indígenas brasileiros, protegendo seus costumes e terras e meios de produção. Há, no entanto, uma mutação desses costumes e modos de exploração da terra, o que por vezes geraria uma exploração considerada predatória

Isso causa, portanto, um confronto quando os índios deixam de seguir os métodos tradicionais e passam a explorar de forma mais intensa o meio ambiente, uma vez que deve haver respeito aos índios e deve haver a

proteção ao meio ambiente.¹⁵ Deixar de executar uma ação de modo tradicional é suficiente para retirar a proteção constitucional indígena da ação? A responsabilização pelo dano ambiental oriundo de ação tradicional indígena exclui a teoria objetiva da responsabilidade civil ambiental, haja vista a proteção indígena constitucional? Considerando que as Terras Indígenas costumam coincidir com áreas de interesse ambiental isso se torna uma questão bem complicada. O que se busca aqui é verificar como a doutrina e a Jurisprudência tem lidado com o tema e tentar achar um meio de conciliar esses dois direitos, com o intuito de se compreender como a aplicação da responsabilidade civil pode ser um instrumento de afirmação da autonomia indígena.¹⁶

Para tanto, primeiro se analisa a responsabilidade civil como reforço da autonomia indígena (1), para em seguida, compreender os limites à responsabilidade civil ambiental perante a proteção indígena constitucional (2).

15 A esse respeito, existe uma série de projetos de lei sobre explorações não tradicionais em terra indígena. Esses projetos não serão aqui explorados, por uma opção de corte metodológico, e por merecerem um estudo mais aprofundado, digno de um trabalho a parte. Cita-se alguns desses projetos a título de exemplo. Acerca da mineração em terra indígena: PL 3509/2015, PL 5335/2016. Acerca de empreendimento hidrelétrico e transmissão de energia elétrica em terra indígena: PL 7813/2017. Acerca de atividades agropecuárias e florestais em suas terras, bem como, comercialização daquilo que foi produzido: PL 2395/2015 e PEC 187/2016. Acerca de exploração de cassino em terra indígena: PL 2395/2015

16 Algumas temáticas não foram abordadas e ficam como referência para estudos futuros. Acerca da Responsabilidade civil ser aplicada aos indígenas, cabe questionar como aplicar a responsabilidade em um contexto de exclusão e criminalização desses povos. Além disso, cabe questionar desmembramentos da Convenção 169 da OIT pois a maior parte das Unidades de Conservação em Terra Indígena não tiveram oitiva desses povos, bem como questionar se o bem ambiental é um direito humano, hipótese capaz de afastar a autonomia jurídica indígena.

1) A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REFORÇO DA AUTONOMIA INDÍGENA.

A responsabilidade civil do índio de forma individualizada implica em reconhecimento da sua autonomia, conquistada ao longo dos anos¹⁷. Isso porque a responsabilização indireta, em nome da FUNAI acompanha a visão de que persiste o sistema tutelar. O sistema tutelar, por sua vez, é incompatível com a autonomia e com os direitos conquistados na Constituição. A análise jurisprudencial vai demonstrar justamente isso, ao passo que os julgados que aplicam a responsabilização da FUNAI também reconhecem o sistema tutelar, algumas vezes falando que os índios não possuem o discernimento próprio de um indivíduo civilizado, ou seja, diminuindo sua capacidade e não só no sentido jurídico.

Para uma compreensão do argumento, primeiro se compreende a individualização da responsabilidade civil do índio (1.1) para então se verificar a jurisprudência brasileira a respeito (1.2)

1.1. A individualização da responsabilização civil do índio

A individualização da responsabilidade do índio deve se dar como reconhecimento da sua autonomia. Trata-se de uma autonomia conquistada, reconhecida pelo direito internacional¹⁸, com recepção pelo direito nacional, de modo que estamos em um momento em que é preciso compreender a necessária superação de um regime de tutela que trata o indígena como incapaz. Além disso, é preciso reconhecer que o indígena – ser capaz e

17 Encarados antes como grupos que seriam incorporados a sociedade e como relativamente incapazes, pela Constituição de 1988, seus usos e costumes ganharam proteção, inclusive para reconhecer seu sistema jurídico, o que evidencia sua autonomia.

18 A Convenção 169 da OIT e a Declaração de Barbados I ressaltam essa autonomia.

autônomo – tem acesso à informação acerca da legislação ambiental não indígena, o que evidencia a sua autonomia. (1.1.1) Cabe lembrar que a execução da tutela está diretamente relacionada a casos de abuso de poder, como a negativa de direitos utilizando-se da condição de relativamente incapaz e casos de prejuízo na condição patrimonial dos índios. Por fim, o sistema tutelar não encontra amparo na legislação vigente, pois houve mudança no Estatuto da FUNAI¹⁹. Sem a vigência da tutela, a responsabilidade deve ser individualizada. (1.1.2)

1.1.1. A responsabilidade individualizada como oposição ao sistema tutelar e reforço da autonomia.

O reconhecimento da autonomia do índio reflete na individualização da responsabilidade. Essa é uma autonomia conquistada, reconhecida pelo direito internacional, com recepção pelo direito nacional, de modo que é preciso compreender a necessária superação de um regime de tutela que trata o indígena como incapaz. Além disso, é o indígena tem acesso à informação acerca da legislação ambiental não indígena, o que evidencia a sua autonomia.

A responsabilidade do índio deve ser individualizada uma vez que os índios conquistaram ao longo do tempo uma autonomia que deve ser estimulada. É um reflexo da autodeterminação indígena e da sua condição de ser humano, cidadão, sujeito de direitos e deveres, capaz. Cabe notar que esse *status* de ser capaz de atuar na vida civil não implica em diminuição do *status* de índio. Conforme já foi dito brevemente na introdução, um índio não deixa de ser índio por ter contato com outras culturas. A esse respeito: “Entrar e fazer parte da modernidade não significa abdicar de sua origem nem de suas tradições e modos de vida próprios,

19 Tanto a CF/88 não ampara com seus princípios o regime de tutela, quanto o Estatuto da FUNAI atual retirou menções a tutela e a substituiu por prestar assistência jurídica.

mas de uma interação consciente com outras culturas que leve à valorização de si mesmo.”²⁰

Posição igual é defendida por LACERDA ao citar uma edição da *Porantim*²¹, em que um dos Tikuna demonstra o seu incômodo à negativa do status de índio:

Protestando contra o substitutivo Bernardo Cabral, Pedro Inácio Tikuna (AM) denunciava: dizem que Tikuna não é mais índios, porque usa sapato igual ao branco. E igual porque sabe falar português e lê um pouquinho não são mais índio. Não é verdade. São índio porque nós conhecemos a nossa história. Sabemos andar no mato, temos nossos remédio próprio. E nossa tradição, o nosso costume, nossa língua. Nós escrevemos na nossa própria língua. É o próprio índio que são brasileiro.²²

Para se compreender melhor o argumento, conforme expõe Gerson Luciano²³, até mesmo a denominação indígena, de forma una, para se referir a tantos povos diferentes, é aceita pela comunidade através de debates coletivos e autodeterminação. Ele fala que os movimentos indigenistas aceitam o termo indígena, pois reconhecem que as demandas do movimento serão mais facilmente atendidas se houver a reunião de todos os

20 LUCIANO, 2006, fl. 40

21 **Porantim** é o jornal impresso do Cimi, criado em 1979, ainda em meio à Ditadura Militar. Na língua de nação indígena Sataré-Mawé, “Porantim” significa *remo, arma, memória*.

22 PORANTIM, dez. 1987; fl.9. in LACERDA, 2007, fl. 173)

23 Gerson Luciano é um baniwa que, de 1987 a 1997, foi dirigente da comunidade baniwa de Cararapoço, no rio Içana, período em que também foi dirigente da primeira organização indígena baniwa, denominada Associação das Comunidades Indígenas do Rio Içana – ACIRI, e da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro – FOIRN.

grupos, com isso, eles deixam de lado suas diferenças para buscarem ter suas demandas em comum atendidas. Afirma que:

Com o surgimento do movimento indígena organizado a partir da década de 1970, os povos indígenas do Brasil chegaram à conclusão de que era importante manter, aceitar e promover a denominação genérica de índio ou indígena, como uma identidade que une, articula, visibiliza e fortalece todos os povos originários do atual território brasileiro e, principalmente, para demarcar a fronteira étnica e identitária entre eles, enquanto habitantes nativos e originários dessas terras, e aqueles com procedência de outros continentes, como os europeus, os africanos e os asiáticos. De pejorativo passou a uma marca identitária capaz de unir povos historicamente distintos e rivais na luta por direitos e interesses comuns. É neste sentido que hoje todos os índios se tratam como parentes. O termo parente não significa que todos os índios sejam iguais e nem semelhantes. Significa apenas que compartilham de alguns interesses comuns, como os direitos coletivos, a história de colonização e a luta pela autonomia sociocultural de seus povos diante da sociedade global. Cada povo indígena constitui-se como uma sociedade única, na medida em que se organiza a partir de uma cosmologia particular própria que baseia e fundamenta toda a vida social, cultural, econômica e religiosa do grupo. Deste modo, a principal marca do mundo indígena é a diversidade de povos, culturas, civilizações, religiões, economias, enfim, uma multiplicidade de formas de vida coletiva e individual.²⁴

Os índios não são nem os povos selvagens, preguiçosos e aproveitadores, nem os povos inocentes, “bons selvagens”, coitados. São sujeitos de direitos e de cidadania, mas não uma cidadania comum, mas uma especial, capaz de incluir uma proteção especial aos seus usos e

24 LUCIANO, 2006, fls. 30/31.

costumes ao mesmo passo que também protege seu direito de fazer parte do país. São, portanto, plenamente hábeis a responderem de forma direta por suas ações e omissões.²⁵

É importante não perder de vista que as mudanças pelos quais os índios passaram ao longo dos anos não implica em perda de direitos, pois ao longo do tempo muita gente defendeu que após serem integrados a comunhão nacional, haveria a total perda de proteção, devendo ser encarados como cidadãos comuns, o que levaria inclusive a perda territorial. Com isso, a emancipação seria um meio de desamparar as lideranças indígenas que estavam buscando direitos territoriais e maior independência.²⁶ Não é isso que se está defendendo aqui. O contato desses povos com o Estado e com outros agrupamentos simplesmente torna possível o autogoverno e a possibilidade de se lidar externamente, precisando de muito menos assistência, não gerando perda de direitos. Não se trata, tampouco, de negar assistência, a questão aqui é protagonismo.²⁷

Além disso, cabe lembrar que atualmente há acesso ao conhecimento da legislação não indígena. Isso reforça sua autonomia, pois esses conhecimentos possibilitam que esses povos possam tratar diretamente da defesa de seus direitos, uma vez que eles saibam possuí-los.

25 A Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2002 e atualmente vigente, prega a participação dos indígenas em tudo que lhes diz respeito. Para se ter uma ideia, o termo “participação” é encontrado doze vezes em seu texto. Inclusive em seu artigo 7º estabelece que *4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.*

26 LACERDA, 2007, fls. 116/117

27 Para a Declaração de Barbados I, o Estado deveria garantir às populações indígenas “o direito de serem e permanecerem elas mesmas, vivendo segundo seus costumes” de “se organizarem e de se governarem segundo sua própria especificidade cultural”, sem contudo impedir aos seus membros “o exercício de todos os direitos do cidadão”. Propugnava, então, como direito inalienável dos indígenas, o de serem protagonistas de suas próprias lutas de emancipação e seu próprio destino. LACERDA, 2007, fl.121.

Não se tratam de crianças que não conseguem articular seus pensamentos. Tanto é que há muitas lideranças indígenas que agem inclusive fora de suas comunidades, seja simplesmente em movimentos sociais²⁸, seja pleiteando cargos políticos nas câmaras distritais e no Congresso Nacional.²⁹ São hábeis, portanto, a se articular por conta própria, cabendo mais aos órgãos institucionais prestar assistência e garantir que essa articulação própria seja possível.

28 “As associações e organizações indígenas surgiram, em várias regiões do Brasil, na década de 1980. Mas foi após a promulgação da nova Constituição Federal, em 1988, que elas se multiplicaram, devido a possibilidade dessas associações se constituírem como pessoas jurídicas.

Essas novas formas de representação política simbolizam a incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos que possibilitam lidar com o mundo institucional da sociedade nacional e internacional. Permitem ainda tratar de demandas territoriais (demarcação de terras e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado).”

https://pib.socioambiental.org/pt/Organiza%C3%A7%C3%B5es_ind%C3%ADgenas

29 Cabe lembrar que apenas em 2014 o TSE passou a fazer o mapeamento dos candidatos por “cor ou raça”, o que faz com que, antes disso, não houvesse um mapeamento exato sobre quantos concorrentes eram indígenas.

Em relação ao Congresso Nacional, conta-se um índio eleito: Mario Juruna, que exerceu mandato entre 1983 e 1987. Além disso, em 2018 Joênia Wapichana foi eleita deputada federal.

Em 2014 houve 85 candidatos a cargos públicos – vice-governador (1), senador (3), deputado federal (25), deputado estadual (52), deputado distrital (2), senador 1º suplente (1), e senador 2º suplente (1).

<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2014-08-30/sem-representatividade-no-congresso-eleicoes-tem-85-candidatos-indigenas.html>

Já em 2016 houve cerca de 1600 candidaturas – prefeito (28), vice-prefeito (57) e vereador (1519). <https://apublica.org/2018/04/35-anos-depois-do-deputado-juruna-indigenas-continuam-sem-representacao-politica-no-pais/>

Já antes disso, no entanto, há dados de participação indígena em Câmaras Municipais, em 2008 foram registradas mais de 350 candidaturas indígenas em 150 municípios brasileiros. Deles, 78 indígenas foram eleitos, sendo que a maioria deles concorreu em

Quando a Constituição Federal de 1988 estava em processo de elaboração, o movimento indigenista participou ativamente fazendo pressão para ter suas demandas atendidas, o que demonstra essa capacidade. Para se ter uma ideia, a participação antecede a própria Assembleia Constituinte. Em 1985, as lideranças indígenas já se organizavam e demonstravam o interesse de uma participação direta, com representantes escolhidos pelas comunidades, sem vinculação partidária, tendo como proposta a representação por dez indígenas, dois por região. No entanto, a proposta foi rejeitada por Afonso Arinos, presidente da Comissão de Estudos Constitucionais, que alegou que a representação deveria ser feita pela FUNAI, seu órgão tutor.³⁰

Como não obtiveram sucesso com sua proposta de representação especial, alguns indígenas tentaram se eleger a cargos no Congresso Nacional. Foram ao todo sete indígenas participando das eleições, sendo um deles Mario Juruna, que tentava a reeleição. Nenhum foi eleito, contudo.³¹

Restou a eles então a organização de delegações que iam das comunidades até Brasília para dialogar com quem votaria a Constituição. Eles visitaram os gabinetes dos parlamentares, acamparam nas proximidades do Congresso para interpelar os políticos, participaram de audiências públicas. Estiveram presentes durante todos os trabalhos da Constituinte, pressionando para que seus direitos fossem considerados na nova Carta Magna.³²

Ironicamente, essa forte organização não era apoiada pelo seu órgão representante – na época a FUNAI, o que demonstra, uma vez mais,

municípios de pequeno porte, com menos de 10.000 eleitores, e com Terras Indígenas.

https://pib.socioambiental.org/pt/%C3%8Dndios_e_as_elei%C3%A7%C3%B5es

30 LACERDA, 2007, fls. 163/166.

31 LACERDA, 2007, fls. 167.

32 LACERDA, 2007, fls. 167/174.

um choque entre a vontade dos representados e a do representante, conforme expõe RANGEL:

Importante observar que o protagonismo indígena na ANC contou com a oposição explícita da Funai, Órgão executor da tutela indígena. Inúmeras vezes o então Presidente do Órgão Romero Jucá Filho, procurou desqualificar as pressões exercidas pelos Índios sob o argumento de que estavam sendo manipulados pelo Cimi.³³

A partir do momento em que a FUNAI é acionada como responsável civilmente, nega-se a participação direta que eles tiveram na Constituinte de 88 e relega-se esses povos a personagens secundários de sua própria história. Sob o pretexto de proteção reforça-se uma visão preconceituosa de seres que necessitam de proteção por serem incapazes. Daí a necessidade de responsabilizar individualmente e se opor ao sistema tutelar.

1.1.2. A existência de abusos cometidos na atuação tutelar e a falta de amparo do sistema tutelar na legislação atual

O sistema tutelar deve ser combatido uma vez que a tutela representa uma forma de dominação aos povos indígenas, incompatível com os direitos reconhecidos na Constituição Federal e no direito internacional moderno. Além disso, a execução da tutela está diretamente relacionada a casos de abuso de poder, como a negativa de direitos utilizando-se da condição de relativamente incapaz e casos de prejuízo na condição patrimonial dos índios. Por fim, o sistema tutelar não encontra

33 LACERDA, 2007, fl. 179

amparo na legislação vigente, pois houve mudança no Estatuto da FUNAI. Sem a vigência da tutela, a responsabilidade deve ser individualizada.

O sistema tutelar é algo que foi usado historicamente para controlar esses grupos. Sempre ligado ao paradigma integracionista³⁴, ele tinha como base ser um sistema temporário a ser usado enquanto os índios não fossem aculturados. O problema é que, como já foi aqui afirmado, ser índio não é um estado temporário, o que fazia o sistema ser baseado em um equívoco.

A Constituição Federal e o direito internacional tampouco reconhecem o paradigma integracionista, pois a CF estabelece que os povos indígenas têm sua organização social reconhecida³⁵. Em relação ao direito internacional, cabe lembrar a Convenção 169 da OIT e a Declaração de Barbados I, que pregam a participação das populações indígenas na sua própria organização.³⁶

Além disso, as atribuições de tutela não raro causaram conflitos. A existência de conflitos na execução da tutela mostra que ela não era a ferramenta mais indicada para se lidar com os índios, pois resultou em diversos abusos, cometidos tanto pela SPI como pela FUNAI, no exercício da tutela, daí a necessidade de não se responsabilizar indiretamente, a partir da FUNAI.

O primeiro desses abusos que podemos citar é a estratégia de fornecer produtos industrializados ou alheios àquelas culturas e depois condicionar a entrega desses produtos ao “bom comportamento”. Se por um lado a entrega de artefatos inúteis tinha a intenção de cativar, a entrega de objetos úteis gera uma dependência dos membros tutelados ao órgão tutor. Isto porque o fornecedor dos tais objetos é o órgão tutor, cabendo então à

34 Conforme já foi exposto antes, a perspectiva de incorporação e o paradigma integracionista eram a ideia de que os índios seriam, em algum momento, incorporados a comunhão nacional, deixando de ser índios. (LACERDA, 2007, fl. 76)

35 Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

36 LACERDA, 2007, fl.121.

sua total discricionariedade fornecer ou não os objetos. Com isso, tais coisas tornam-se moeda de troca, o que faz com que se perca no tempo a prática de doações regulares para garantir o bom relacionamento³⁷. Dessa forma, era possível que o próprio assistencialismo fosse alvo de barganha, assim, em caso de litígio com a FUNAI, benefícios podiam ser cortados. Era possível então deixar de ceder equipamentos e sementes para o plantio, bem como dificultar o comércio³⁸ – dentre outras possibilidades –, para índios considerados “problemáticos”.

Eis uma faceta da tutela orfanológica, através da qual o órgão tutor é uma espécie de pai, responsável também por disciplinar seus filhos, podendo punir os desobedientes.

Outro ponto complicado era que a estrutura do comércio indígena é dependente. Isso porque, sob a produção deles não incide imposto, para isso, entretanto, é necessário uma nota fiscal especial, que é emitida pelo encarregado do Posto. Isso faz com que o encarregado do Posto da FUNAI seja quem verdadeiramente escolhe com quem o comércio é feito.³⁹

Além disso, outros desses abusos estão relacionados com as possibilidades de intervenção da FUNAI nas tribos. Houve caso de lideranças indígenas serem afastadas por não corresponderem aos interesses do órgão. Importante perceber que essa destituição não carecia de oitiva dos indígenas, o que corrobora a ausência de poder para deliberar e se autogovernar daqueles grupos, o que incidia em um aumento da dependência e da dominação sobre eles.⁴⁰

Há relatos, ainda, de negativas de direito de associação e reunião. Em 1977, os Makuxi, Taurepang e Wapixana, tribos de Roraima, fizeram uma Assembleia, a Assembleia dos Tuxaus. Ela foi dissolvida pela FUNAI,

37 RANGEL, 2004, fls. 71/116.

38 LACERDA, 2007, fl. 96.

39 RANGEL, 1984, fl. 91.

40 cf. CIMI, Boletim . Ano 6 .n.º 34, jan./fev. de 1977, p.30. In LACERDA, 2007. fl. 97

por não ter sido autorizada por ela. No mesmo ano, havia relatos de proibição de reunião nas aldeias. As punições por desobediência incluíam ameaças de prisão, transferência de Posto bem como expulsão das terras.⁴¹

Vê-se, portanto, a total extrapolação da suposta tutela, que foi exercida de modo a mais uma vez exercer dominância sobre esses povos, negando a eles qualquer possibilidade de se organizar ou de exercer sua dignidade.

A situação é tão complicada que cominou no caso Juruna no ano de 1980. Trata-se de situação em que foi feito um requerimento de participação em um evento internacional, a ser realizado na Holanda, que trataria de assuntos do interesse dos indígenas. O requerimento era para a emissão de passaporte, uma vez que os recursos seriam pagos pela organização do evento. Na ocasião, a FUNAI se manifestou totalmente contrária a viagem, o que fez a discussão sair do âmbito administrativo e ganhar contorno judicial. A Justiça definiu que o passaporte deveria ser emitido e que não poderia ser negada a emissão de passaportes em situações semelhantes.

Não satisfeitos com essa decisão, foi adotada uma nova forma de controlar essas viagens, que foi a tentativa de enquadrar os indígenas na Lei dos Estrangeiros para responsabilizá-los criminalmente por eventuais críticas que fizessem ao Brasil quando nessas reuniões, o que poderia resultar em expulsão do país.⁴² Novamente a situação chegou ao Judiciário e mais uma vez a FUNAI perdeu, pois entendeu-se que, como eram membros do país, não poderiam ser considerados estrangeiros, e a lei só se aplicaria a estrangeiros.

Fica evidente, portanto, que a tutela nada tinha de proteção, sendo verdadeiro meio de controle político

41 LACERDA, 2007, fl 101.

42 LACERDA, 2007, fl 103.

A ideia da incapacidade indígena ocupa nesta construção ideológica um espaço importante, naturalizando tal posição de inferioridade, pela reafirmação da incompatibilidade dessa presença com o mundo contemporâneo e moderno, e pela aparente demonstração de superioridade e benevolência na execução de uma tarefa vista como paternal: a tutela. Daí a política indigenista do Século XIX, bem como a legislação indigenista que lhe serviu de amparo, ser descrita por SOUZA FILHO como tão fantasticamente cruel que se dá o apelido de protetora mas revela apenas um estranho idioma no qual compaixão se traduz por morte.⁴³

Além desses problemas de abuso cometidos pela própria FUNAI, ainda havia o problema de que a não identificação de capacidade indígena os impedia de ter carteira de trabalho e, com isso, direitos trabalhistas. Era recorrente que houvesse a busca por trabalho assalariado fora da lavoura e das reservas. Isso se dava devido à insuficiência de fundos recolhidos pela produção interna. Vários fatores contribuíam para isso, dentre eles a exigência de uma nota especial emitida pela FUNAI, além da baixa produção de suas lavouras. Como aponta RANGEL, eles se apresentam como pequenos produtores incapacitados de investir em novas tecnologias e de aumentar sua capacidade produtiva. Além disso os produtos indígenas recebem um preço menor nos mercados locais, por, principalmente, dificuldade de transporte e pelo preconceito popular relacionado a produtos indígenas. Sua baixa produção se deve aos investimentos no setor serem extremamente esparsos, o que faz com que eles não possam concorrer de igual para igual com outros produtores.

Mudança de governos, redefinição de diretrizes, orçamento reduzido, corrupção, são muito numerosos, enfim, os fatores que contribuem para a ausência de constância na

43 LACERDA, 2007, fl. 68.

implementação dos recursos necessários à manutenção das atividades produtivas nas terras indígenas.⁴⁴

Sem outra opção, buscavam, então, no trabalho assalariado o meio de subsistir. Com essa interpretação de que não seria possível emitir carteira trabalho para indígena, eles se tornam uma mão de obra barata e sem direitos trabalhistas, o que sucateia sua relação. Consequentemente, tornam-se uma mão de obra extremamente atrativa, o que faz da reserva indígena uma verdadeira reserva de mão de obra barata e vulnerável. A terra que deveria garantir a subsistência não a garante, o que estimula danos ambientais, já que eles precisam de uma abordagem mais predatória para extrair mais da terra. Ou seja, o não reconhecimento de sua autonomia lhes gera prejuízos em diversos níveis e ainda propicia o cometimento de dano ambiental, o que nos reforça a ideia de que a autonomia indígena deve ser sempre reforçada.

Somado a esses abusos, ainda havia um outro tipo que era a utilização da tutela para prejudicar a condição patrimonial dos tutelados. A dimensão disso fica evidente quando se percebe que a SPI foi extinta, dentre outros motivos, por prejudicar o patrimônio indígena. O que era para ser assistência se transformou em representação, não considerando os desejos de seus tutelados.⁴⁵

Essa situação também possibilitava que fossem tomadas atitudes econômicas contrárias aos interesses indígenas e totalmente voltados para a questão econômica da Amazônia. Daí dizerem que os interesse desses órgãos estão totalmente distantes dos seus tutelados, estando muito mais próximos dos interesses dos grandes produtores, mineradores e madeireiros.⁴⁶

44 RANGEL, Lúcia Helena. Índios brasileiros, despossuídos de terra. Mão de obra marginal. 1990. fl. 35.

45 LACERDA, 2007, fls. 98/99.

De fato, como entendia-se que em algum momento os índios estariam integrados à comunhão nacional, de modo que sequer seriam mais índios, não é de estranhar que seus direitos sejam negados por um suposto interesse nacional, uma vez que os índios, por esse ponto de vista, seriam algo passageiro, enquanto a coletividade brasileira seria perene. Além disso, direitos ambientais ou direitos de minorias tendem a ser facilmente deixados de lado frente a interesses econômicos. Nesse caso, muito mais, estamos falando de um interesse econômico enorme, pois envolve grandes porções de terra, o que inclui uma grande quantidade de riquezas naturais, bem como o próprio potencial agrícola dessas áreas.

Daí a argumentação repetitiva de que emancipar os índios causaria grande dano à coletividade nacional, pois possibilitaria a exploração de recursos minerais nessa terra. Dessa forma, para “proteger” os índios e a coletividade, eles deveriam ser mantidos sob a tutela, quando na verdade parece ser uma necessidade maior de manter o controle e a dominância do que alguma dose de proteção.

Mesmo sem considerar todas essas questões, a nossa legislação atual não acolhe o sistema tutelar. A Constituição de 88 reconhece o caráter pluriétnico do nosso país, de modo que o reconhecimento da autonomia indígena não implica em problemas de soberania, mas a um reconhecimento e acolhimento das diferenças. Ela supera o paradigma integracionista, pois ainda que a eles fosse reconhecida a posição de cidadãos brasileiros, também era reconhecida sua posição como índios, possuindo, inclusive, sistema jurídico próprio, que deveria ser igualmente respeitado, e não fala sobre a tutela, mas dá capacidade processual a eles. O Código Civil de 2002 também não inclui os índios como incapazes, apenas dispõe que sua capacidade será regulada por legislação especial

46 “Foi o caso, por exemplo, do acordo, feito pela Funai em 1983, com a Petrolífera Elf-Aquitane, sem qualquer consulta aos índios, permitindo a prospecção de petróleo nas terras dos Sateré-Maué e dos Munduruku (AM). Outro exemplo foi o dos inúmeros contratos de exploração de madeira em terras indígenas firmados pela Funai, muitas vezes sem o conhecimento das comunidades respectivas e, como observa SOUZA FILHO ‘não raras vezes contra sua vontade’”. (LACERDA, 2007, fl.99.)

A única legislação que surgiu pós 88 e que resistiu a encarar a mudança foi o Estatuto da FUNAI, que previa a execução da tutela, conforme podemos perceber no texto do Decreto nº 564, de 8 de junho de 1992, que dizia o seguinte:

Art. 2º A Funai tem por finalidade:

I - exercer, em nome da União, a tutela dos índios e das comunidades indígenas não integradas à comunhão nacional;

(...)

Art. 3º Compete à fundação exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerente ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

Inclusive isso permaneceu presente no Estatuto da FUNAI que veio a seguir, por meio do Decreto nº 4.645, de 25 de março de 2003. Na atualização seguinte, no entanto, finalmente as menções a tutela foram retiradas, sendo substituída por assistência, conforme é possível verificar no Decreto nº 7.056, de 28 de dezembro de 2009:

Art. 2º A FUNAI tem por finalidade:

I - exercer, em nome da União, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas;

II - formular, coordenar, articular, acompanhar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:

- a) garantia do reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;
- b) respeito ao cidadão indígena, suas comunidades e organizações ;

(...)

Art. 3º Compete à FUNAI exercer os poderes de assistência jurídica aos povos indígenas, conforme estabelecido na legislação.

E o texto atualmente vigente do Estatuto, o do Decreto nº 9.010/2017, também manteve essa mudança, de não incluir a tutela e falar em assistência. Pode-se perceber, portanto, que o atual Estatuto da FUNAI prega o respeito aos costumes das comunidades, não lhe cabendo o papel de intervir em suas organizações de forma direta, mas sim respeitando as vontades das próprias comunidades. Trata-se de assistência e não mera tutela, o que se coaduna com os preceitos constitucionais e reflete o protagonismo cada vez mais presente, assumido por eles a partir da Constituinte.

Com isso, fica claro que a tutela, além de não ser compatível com a história desses povos, que assumiram um papel muito mais ativo desde a segunda metade do século passado, está diretamente ligada a uma série de abusos cometidos por seu órgão tutor, e sequer possui arcabouço legal, pois a legislação não mais a aceita, o que evidencia a necessidade da responsabilidade ser individualizada, com mera assistência da FUNAI.

Tendo isso em mente, vamos analisar como a Jurisprudência tem visto a questão.

1.2. A Responsabilidade Civil Indígena na Jurisprudência

O tratamento dado pelos Tribunais em relação a responsabilização dos indígenas tem sido oscilante. A maioria, no entanto, tem insistido na incapacidade indígena para responder por seus próprios atos, devendo a FUNAI responder por ser tutora dos índios e ter culpa *in vigilando*⁴⁷, só não

47 (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0063274-40.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO, julgado em 05/12/2005), (TRE-

respondendo caso se tratasse de índio incorporado pela sociedade⁴⁸. Apenas uma minoria admite a responsabilização direta, sem condicionar isso ao conceito de incorporação.⁴⁹ Esses julgados serão analisados ao longo do texto. A Jurisprudência precisa se adaptar e reconhecer a responsabilização individualizada, pois não há amparo legal para a responsabilização da FUNAI, bem como a tutela e a incorporação se tratam de paradigmas superados, além dessa responsabilização indireta gerar confusão patrimonial.

Para uma melhor compreensão, primeiro se analisa os julgados que argumentam pelo sistema de tutela e pela incapacidade (1.2.1), para em seguida tratar dos que argumentam em torno do conceito de incorporação (1.2.2). Por fim se analisará os que argumentam pela responsabilização individualizada, sem necessidade do índio ser integrado (1.2.3).

1.2.1 Da necessidade de superação dos argumentos de incapacidade e regime de tutela

Os argumentos da incapacidade e imposição do regime de tutela se manifestam no judiciário ora literalmente, ora pelo entendimento da aplicação da culpa *in vigilando*. Em ambas as situações a superação é

MS. RP 585302. Rel.: Alexandre Aguiar Bastos. Jul.: 22/08/2011), (RESP Nº 1.580.077/SC. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 05/12/2016), (RESP Nº 1.479.973/SC. Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 06/02/2017), (TRF4, EINF 2001.72.01.004308-0, SEGUNDA SEÇÃO, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, D.E. 14/01/2011)

48 (TRF4, AC 2007.71.04.006854-6, TERCEIRA TURMA, Relatora SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, D.E. 07/01/2010) e (TRF4, AC 0001310-84.2004.4.04.7006, TERCEIRA TURMA, Relatora MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, D.E. 10/02/2011)

49 (TRF-4 - AC: 1262 RS 2004.71.04.001262-0, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 05/04/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 11/04/2011) e (TRF4, AC 2001.72.01.004308-0, QUARTA TURMA, Relator EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, D.E. 24/11/2008)

necessária ante os vícios nos quais incorrem. Dentre esses vícios, chama atenção o erro material que algumas decisões incorrem, se fundando em Decreto inexistente ou revogado.

Várias decisões falam da incapacidade e que a tutela ainda está presente no nosso ordenamento. Por vezes a argumentação é baseada na noção dos índios como sem discernimento:

(...) - Não há que se falar que os indígenas agiram com propósitos deliberados de invadir a fazenda ou expulsar os moradores. Em razão de não serem afeitos à civilização e **desconhecerem todo o trâmite do processo de demarcação das terras, bem como as implicações jurídicas de seus atos. Não se pode tratar os silvícolas como absolutamente capazes e exigir o discernimento próprio de um indivíduo civilizado**, inclusive o CC de 2002 estabelece no § único do art. 4º que a legislação especial regulará acerca da capacidade dos índios.(...)

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0063274-40.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO, julgado em 05/12/2005, DJU DATA:22/01/2008 PÁGINA: 569, grifo nosso)

Essa ideia, no entanto, é etnocêntrica e se baseia na ideia dos índios como inferiores. Conforme já foi aqui explicitado, a condição de indígena não implica em ausência de discernimento, fato este evidenciado por sua participação universitária e política, inclusive com uma deputada federal eleita em 2018. Portanto, a ideia de que eles desconhecem as implicações jurídicas de seus atos não é verdade, o que invalida o argumento de que eles não podem ser responsabilizados por conta disso.

Outro argumento é o de aplicação da culpa in vigilando, que obrigaria a responsabilização da FUNAI sempre que ela falhasse no seu dever de cuidar dos índios e impedir que eles cometessem danos.

(...) 10. Ademais, ainda que fosse possível ultrapassar tal óbice, verifica-se que o Apelo Nobre está fundado em matéria constitucional: Portanto, incabível negar a legitimidade passiva da FUNAI, mesmo que ela não tenha praticado qualquer ato que concorresse para o evento que ora se discute, **a não ser que viesse a comprovar não ter havido culpa in vigilando.** (...)

(RESP Nº 1.580.077/SC. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 05/12/2016, grifo nosso)

É importante perceber que a tendência de responsabilizar não os indígenas, mas sim a FUNAI, na condição de tutora dos índios, por culpa *in vigilando*, isto é, por falha na fiscalização deles, trata-se de uma clara retomada do modelo parental, segundo o qual os índios eram vistos como crianças a serem ensinadas. Da mesma forma que um pai responde pelas falhas de seus filhos até certa idade, a FUNAI igualmente teria responsabilidade. Ocorre que eles não são crianças sem discernimento. São povos com modos de vida próprios e que possuem capacidade de se autodeterminar.

Ocorre que, atualmente os índios possuem capacidade civil plena, incompatível com essa responsabilização do Estado, nos termos de Santos:

Destarte, em se considerando, sob a nova ordem constitucional, a capacidade civil plena dos índios e a constatação de que a tutela das populações indígenas transmutou-se de uma tutela de pessoas para uma tutela de direitos, não se pode mais admitir que o Estado se responsabilize objetivamente pelas ações e omissões dos índios.

Tal tratamento não condiz com o espírito arraigado na Constituição. A proteção dos direitos indígenas não importa a chancela da FUNAI a condutas ilegais que venham a ser praticada por índios. A Fundação, pelo só fato de ser a

entidade responsável pela proteção e promoção dos direitos indígenas, não possui meios para obrigar qualquer indígena a fazer ou deixar de fazer algo. A FUNAI deve zelar pelo bem-estar dos índios, mas não possui poder decisório sobre as atitudes por eles tomadas, não podendo, pois, se responsabilizar por atos de quem possui capacidade civil plena.⁵⁰

Há ainda o argumento de que o Decreto 564/2002, suposto Estatuto da FUNAI, embasa o sistema tutelar na atualidade. O problema é que não existe um decreto com esse número e, ainda que existisse, foram editados outros Estatutos da FUNAI após 2002.

(..) "Aliás, ao contrário do que alega a ré, ela continua a exercer esta tutela mesmo após a Constituição Federal de 1988 por duas razões. Primeiro, porque o fato de a Carta Magna ter conferido capacidade processual aos índios e suas comunidades não exclui a tutela exercida pela FUNAI. Segundo, porque, a corroborar esta tese, foi editado o Decreto nº 564/2002, o qual assim estabelece: (...)

(RESP Nº 1.479.973/SC. Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, 06/02/2017, grifo nosso)

(...) 2. A FUNAI responde pelos danos causados por índios a terceiros, já que a teor do parágrafo único do artigo 4º do CCB/2002 e dos artigos 2º e 3º do Decreto 564/2002 a mencionada Fundação exerce a tutela sobre os índios, velando pela sua educação, saúde e bem-estar, além da conservação de seu patrimônio, sem

50 SANTOS, Caroline Marinho Boaventura. *Da ausência de responsabilidade civil da FUNAI pelos atos praticados por indígenas*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 06 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50528>>. Acesso em: 28 fev 2018.

prejuízo de que os próprios índios detenham capacidade processual. (TRF4, EINF 2001.72.01.004308-0, SEGUNDA SEÇÃO, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, D.E. 14/01/2011, grifo nosso)

Conforme exposto anteriormente, os Decretos referentes ao funcionamento da FUNAI são o 564/1992 e o 4.645/2003, não havendo, portanto, tal Decreto com esse número com esse conteúdo.

Ainda que se ignore essa falha material, o segundo equívoco é ainda pior: os julgados parecem ignorar que os dois há muito perderam vigência. De fato, a partir do Decreto 7.056/2009 o Estatuto da FUNAI não mais insere como sua finalidade a de prestar tutela, substituindo-a pelo dever de prestar assistência jurídica. Portanto, não há que se falar em tutela no sistema atual, por não subsistir mais o embasamento legal e por haver incompatibilidade entre ele e a postura participativa das comunidades e as garantias presentes na Constituição de 1988. Manter uma tutela nesses termos significaria negar todos esses avanços, conquistados com base em muito esforço ao longo dos anos.

1.2.2 Paradigma da incorporação: Da não aplicação do conceito de índios integrados.

Outra situação presente na Jurisprudência é a de situações específicas em que o sistema tutelar pode ser afastado, haja vista se tratar de casos com índios integrados, podendo eles serem responsabilizados diretamente. A esse respeito:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCESSUAL. DANO MORAL. ATO PRATICADO POR COMUNIDADE INDÍGENA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL E DA

FUNAI. Inviável atribuir à Administração Federal responsabilidade pelas consequências da agressão praticada por índios no local em que se realizavam os festejos natalinos da Comunidade de Linha Cachoeirinha, na madrugada de 26-12-2006. . **A condição de tutelado atribuída ao indígena se restringe aos índios e as suas comunidades ainda não integrados à comunhão nacional (art. 7º, Lei nº 6001/1973), sendo os demais "partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses"(Constituição Federal, art.232).** . Atualmente, o que diferencia a comunidade indígena do restante da nação são as suas tradições, usos e costumes, estando eles, no mais, integrados. **Ilegitimidade passiva da União Federal e da FUNAI para responder por danos morais reconhecida, eis que o ato passível de indenização não foi praticado por agentes públicos.** . Sucumbência mantida, fixada na esteira dos precedentes da Turma. . Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. . Apelação improvida. (TRF4, AC 2007.71.04.006854-6, TERCEIRA TURMA, Relatora SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, D.E. 07/01/2010, grifo nosso)

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ÍNDIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INDISCUTIVELMENTE INTEGRADO. TUTELA DA FUNAI. DESNECESSÁRIA. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DESNECESSÁRIA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E DO ÍNDIO. EXTRAÇÃO INDEVIDA DE MADEIRA. ACORDO FIRMADO COM ÓRGÃOS PÚBLICOS. INOBSERVÂNCIA DOS TERMOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. NULIDADE. 1. A proteção conferida aos índios pela legislação pátria diz respeito exclusivamente aos índios não integrados, conforme arts. 4º, III; 7º da Lei 6001/71. O réu em ação civil pública por improbidade administrativa, índio, e servidor público federal,

Chefe do Posto Indígena de Guarapuava, **é evidentemente integrado à sociedade, cessando a tutela e qualquer necessidade dela pela FUNAI/União.** 2. Prova pericial antropológica somente se faz necessária na existência de dúvida acerca da condição e capacidade de índio de compreender os atos que praticou, o que não é o caso dos autos. (...) (TRF4, AC 0001310-84.2004.4.04.7006, TERCEIRA TURMA, Relatora MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, D.E. 10/02/2011, grifo nosso)

Ignoram que os conceitos de índios integrados, isolados ou em vias de integração há muito caíram em desuso. O conceito de índio isolado se refere atualmente apenas aqueles grupos com pouco ou nenhum contato com outros grupos, não devendo ser usado como parâmetro para definir a responsabilidade ou não. Isso porque, como já foi dito aqui várias vezes, o grau de envolvimento com outras comunidades não desconfigura a qualidade de indígena.

Essa hipótese de afastamento dessa responsabilidade, de integração do índio infrator, evidencia mais uma vez o caráter paternalista da tutela, pois a integração pode ser vista como algo similar a maioria dos filhos. Isto porque da mesma forma que um filho maior de idade tem consciência de seus atos e pode ser responsabilizado por eles, não precisando ser vigiado, um índio integrado igualmente teria consciência, não precisando dessa vigilância.

1.2.3 Da responsabilização de forma individualizada.

Há poucos julgados que falam em responsabilização direta, que é o que aqui defendemos. A argumentação é a de que a incorporação é um assunto superado e é incompatível com a legislação pós 1988, bem como não corresponde com a realidade dos grupos indígenas:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE INDÍGENA. RESPONSABILIDADE DA FUNAI. DANO MORAL INEXISTENTE.

1.Sendo pessoas maiores e, como tais, dotadas de capacidade para os atos da vida civil, se alguns dos índios integrantes de comunidade indígena causam danos a alguém, devem ser responsabilizados pessoalmente através de ação judicial própria à respectiva reparação, seja no âmbito civil, seja na esfera criminal, se for o caso, uma vez que o tema da incorporação à comunhão nacional é assunto superado e contradiz a legislação posto em 1988 e não corresponde à realidade dos próprios grupos indígenas.

2.Não demonstrada a existência de ilicitude ou mesmo os três elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva, inexistente a responsabilização objetiva do Estado, no caso da FUNAI, nem o consequente dever de indenizar o particular.

(TRF-4 - AC: 1262 RS 2004.71.04.001262-0, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 05/04/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 11/04/2011, grifo nosso)

Ressalte-se ainda que o regime atual não é mais o de tutela e sim o de proteção, pois as populações indígenas gozam de autonomia e capacidade civil e postulatória. É um tratamento semelhante ao dos idosos, que possuem proteção especial ao mesmo tempo que possuem capacidade civil:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE OCUPAÇÃO PERPETRADA POR ÍNDIOS EM IMÓVEIS SITUADOS EM ÁREA

SUPOSTAMENTE INDÍGENA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FUNAI SOBRE OS FATOS OCORRIDOS. CAPACIDADE CIVIL E POSTULATÓRIA DOS SILVÍCOLAS RECONHECIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público). Desde o reconhecimento constitucional da diversidade cultural (arts. 215, § 10 e 216) e da capacidade civil e postulatória dos índios e de suas comunidades (art. 232 c/c art. 7º do CPC) - o que lhes confere o direito ao acesso a todas garantias constitucionais de forma autônoma -, não mais subsiste o regime tutelar a que os silvícolas estavam submetidos perante à FUNAI por força do disposto no artigo 6º, III e Parágrafo Único do Código Civil de 1916 e no artigo 7º do Estatuto do Índio, tampouco a classificação dos indígenas em "isolados", "em vias de integração" e "integrados", prevista no artigo 4º do Estatuto do Índio, porque tais dispositivos não foram recepcionados pela atual Constituição. Sendo os silvícolas pessoas dotadas de capacidade para todos os atos da vida civil, segundo a ordem constitucional vigente, não há que se falar em culpa administrativa da FUNAI e da União sobre os fatos que ensejaram a presente ação reparatória. Provimento do apelo da FUNAI, para o fim de reconhecer a ausência de

responsabilidade do referido entes sobre os fatos que ensejaram a reparação material pretendida. (TRF4, AC 2001.72.01.004308-0, QUARTA TURMA, Relator EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, D.E. 24/11/2008, grifo nosso)

Não obstante, segundo o próprio Estatuto da FUNAI, não confundem-se o patrimônio da fundação e dos protegidos. Com isso, seria extremamente danoso que respondessem pelos danos, pois teriam que usar o dinheiro da Fundação, o que poderia incorrer em confusão patrimonial. Além disso, sua própria atividade-fim poderia ser prejudicada por falta de verba. Além disso:

De fato, caso a FUNAI, por hipótese, fosse responsável por todos os atos dos indígenas, isso poderia conduzir a situações absurdas, como a responsabilização da Fundação por pagamentos de contas de água, luz, telefone (fixo e celular), da mercearia, cheques sem fundos, financiamento de automóveis e da casa própria, inclusive em favor de índios que possuam uma melhor condição econômico-financeira de vida. Ainda poderia a Fundação ser responsabilizada caso o índio praticasse homicídio em face de alguém, cuja família, em sede de ação civil, acionasse a FUNAI para pagar a indenização eventualmente devida pelo autor do delito.⁵¹

Com isso, percebe-se que os Tribunais devem adaptar suas Jurisprudências para reconhecer que caso haja responsabilização por dano ambiental cometido por indígena, ela não deve ser em nome da FUNAI, sendo ela parte ilegítima do polo passivo dessa relação, uma vez que a tutela não possui amparo legal e a incorporação se trata de um paradigma superado, além dessa responsabilização indireta gerar confusão patrimonial.

51 SANTOS, 2014.

2) LIMITES À RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL PERANTE A PROTEÇÃO INDÍGENA CONSTITUCIONAL.

A Responsabilidade Civil Ambiental em danos cometidos por indígenas esbarra na proteção constitucional que esses povos receberam, isso porque o modo de vida tradicional desses povos é um direito protegido pela Carta Magna, de tal forma que não haveria responsabilidade caso o dano fosse cometido usando formas de exploração tradicionais. Não obstante, embora a responsabilidade ambiental seja objetiva, a verificação da tradicionalidade ou não da ação que gerou o dano é um elemento subjetivo, haja vista que ser tradicional ou não é um elemento referente a culpabilidade da conduta. Além disso, é preciso verificar como esse reconhecimento é feito no Judiciário, se é usado como meio de prova, com laudo antropológico.

Para melhor compreensão, primeiro se compreende que o reconhecimento da tradicionalidade é um elemento subjetivo (2.1,) para depois se analisar como esse reconhecimento se dá no Judiciário (2.2).

2.1. Caracterização da responsabilidade objetiva: reconhecimento da tradicionalidade como um elemento subjetivo da ação

No caso de danos ambientais cometidos por indígenas, a responsabilidade é limitada pela proteção constitucional que esses povos receberam, isso porque o modo de vida tradicional desses povos, o que inclui a exploração das suas terras, é um direito protegido

constitucionalmente. Com isso, não há responsabilidade, caso o dano seja cometido usando formas de exploração tradicionais. Ainda assim, embora a responsabilidade ambiental seja objetiva⁵², a verificação da tradicionalidade ou não da ação que gerou o dano é um elemento subjetivo, haja vista que ser tradicional ou não é um elemento referente a reprovabilidade da conduta e envolve requisitos diferentes do dano e nexo causal.

O desejo por um meio ambiente equilibrado e a preservação dele para as gerações futuras é algo extremamente presente nas preocupações de nossa sociedade, o que reflete diretamente nas previsões da nossa Constituição e na presença frequente em Congressos Nacionais. Daí a importância de se haver responsabilidade por eventuais danos.

Conforme diz FUJIBAYASHI & SONNI, os danos ao meio ambiente afetam diretamente a coletividade:

os danos ao meio ambiente são irreversíveis; a poluição tem efeitos cumulativos; os efeitos dos danos ecológicos podem manifestar-se além das proximidades vizinhas; são danos coletivos e difusos em sua manifestação e no estabelecimento do nexo de causalidade; têm repercussão direta nos direitos coletivos e indiretamente nos individuais.⁵³

O que ocorre no caso de danos cometidos por indígenas, no entanto, é que há o encontro de dois sistemas jurídicos: o da proteção indigenista e o da proteção ambiental, que deveriam se entrelaçar para

52 A responsabilidade objetiva só considera como requisitos a existência de dano e o nexo causal entre a conduta e o dano, enquanto a responsabilidade subjetiva analisa elementos pessoais do causador do dano para verificar a existência de culpa. Haja vista a natureza do meio ambiente, a responsabilidade para dano ambiental é normalmente objetiva para garantir que haja a reparação desses danos.

53 FUJIBAYASHI & SONNI. Fl. 9

garantir ambas as proteções, mas que na verdade se chocam em diversos pontos, causando problemas para os dois lados.

O ponto é que ainda que se trate de atividade descrita como danosa ao meio ambiente, caso ela seja feita para exploração tradicional, isso não pode ser considerado crime ambiental e não pode haver responsabilidade. Isso porque o modo de vida tradicional recebeu proteção especial da própria Constituição Federal, não podendo ser limitado por legislação de hierarquia inferior. A proteção constitucional foca principalmente no modo de vida tradicional, em seus usos e costumes. Como a propriedade dos indígenas e seu direito ao modo de vida tradicional são direitos originários, o direito ambiental teria que se adequar a isso. Ou seja, se uma Unidade de Conservação é criada em sobreposição a uma terra indígena, ela precisa, necessariamente, permitir o uso sustentável.

Assim é o entendimento de Fernando Mathias Baptista, ao dizer que, enquanto a exploração de recursos naturais se der de forma tradicional não deve haver subordinação às normas e aos padrões exigidos para não indígenas, enquanto que ações de exploração não tradicionais ensejariam responsabilidade devendo ser observadas as normas de cada atividade:

Na medida em que a exploração (de recursos naturais) se dê de acordo com os usos e costumes dos povos indígenas, não estão eles obrigados a cumprir com as normas e padrões ambientais exigidos para a população não indígena, pois a Constituição respalda seus usos e costumes como legítimos e reconhecidos pelo Estado brasileiro. Caso passem a explorar seus recursos naturais de forma diversa do que dita suas tradições e costumes de manejo, então passariam a estar sob o crivo da legislação ambiental, devendo observar as restrições ambientais para cada atividade pretendida⁵⁴

54 BAPTISTA in SANTILLI, 2004.

Da mesma forma, Juliana Santilli defende essa posição, argumentando que mesmo que as técnicas, métodos, petrechos e substâncias não estejam permitidas pela legislação ambiental, caso a atividade seja tradicional, não deve ser aplicada a legislação ambiental para responsabilizá-los:

Vê-se, portanto, que a Constituição protege o modo de vida tradicional dos povos indígenas, e que suas atividades tradicionais, desenvolvidas e compartilhadas ao longo de gerações, e reproduzidas segundo usos, costumes e tradições indígenas, estão claramente excluídas da possibilidade de aplicação das normas incriminadoras previstas na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). Atividades tradicionais como caça, pesca e extrativismo, ainda que realizadas mediante o emprego de técnicas, métodos, petrechos ou substâncias não permitidas pela legislação ambiental, estão isentas das penas cominadas aos crimes ambientais.⁵⁵

Sobre o mesmo tema, ela fala que uma Unidade de Conservação de Proteção Integral coincidindo com Terra Indígena, incompatibilizando as atividades tradicionais, não é válida juridicamente pois os direitos indígenas são originários, não sendo possível a responsabilidade enquanto as ações deles forem tradicionais:

Se a Constituição assegura aos índios direitos originários sobre suas terras tradicionais, não há como responsabilizá-los quando praticam atividades tradicionais, segundo seus usos, costumes e tradições, dentro de Unidades de Conservação cujos limites incidem sobre suas terras tradicionais – mesmo quando se trate de uma Unidade de Conservação de Proteção Integral, em que aquela atividade é vetada pela legislação ambiental. Se a categoria de

55 SANTILLI, 2004.

Unidade de Conservação criada sobre os limites das Terras Indígenas é incompatível com as atividades tradicionais desenvolvidas pelos povos indígenas, não há como sustentar a sua validade jurídica em face dos direitos originários assegurados constitucionalmente aos povos indígenas.⁵⁶

Conclui-se, então, que as condutas tradicionais possuem proteção e que, portanto, mesmo causando danos, não são passíveis de responsabilidade. Resta saber como tratar as condutas não tradicionais.

A Constituição especificamente protege o modo de vida tradicional então essa situação, de ações que não seguem o modo de vida tradicional, não estão amparadas por essa proteção.

Considerando que os índios não correspondem ao padrão otimista de bom selvagem (e nem ao pessimista de bárbaros), o uso de técnicas não tradicionais é plenamente possível. Isso porque sua situação econômica não lhe permite abrir mão de certas tecnologias. O uso de outras técnicas muitas vezes geram muito mais produtividade, ainda que gerem maiores impactos ambientais. Aumento de produtividade esse que é essencial para sua subsistência. Importante lembrar que hoje o conceito de subsistência também inclui a compra de produtos de consumo, como celulares e computadores, o que torna a sobrevivência muito mais onerosa.

A manutenção das técnicas tradicionais costumam não possibilitar a equiparação deles com outros produtores, o que os prejudica no mercado. De tal forma que, para conseguirem renda suficiente para viver, acabam por impactar mais o meio ambiente.⁵⁷

Ressalte-se que o uso dessas ferramentas e dessas técnicas não descaracteriza a sua situação como índio. Como aqui foi desenvolvido anteriormente, essa caracterização envolve muito mais do que isso, como a autoidentificação e o respeito à ancestralidade.

56 SANTILLI, 2004.

57 RANGEL, 2004, fls. 71/116.

De toda forma, o fato é que é possível de que eles cometam esses danos ambientais usando de meios não tradicionais. Tal situação ensejaria a responsabilização, conforme entendimento da doutrina. O motivo disso é que a proteção constitucional só abarca o modo de vida tradicional. Os mesmos autores que defendem a não responsabilização em caso tradicional, entendem a responsabilização nesse caso⁵⁸. Cabe legalmente, portanto, a responsabilidade para esse caso.

Quando se fala de responsabilidade civil ambiental é necessário analisar os elementos da responsabilidade civil. Os elementos gerais da responsabilidade civil incluem a existência de uma ação ou omissão que causa um dano, com culpa, isto é, violando um dever de cuidado. Ou seja, são: o ato omissivo/comissivo, o dano, o nexo causal e a existência de culpa.

Na responsabilidade civil ambiental, haja vista a natureza excepcional do bem jurídico tutelado, o Legislador optou por definir que o elemento culpa não seria necessário para se configurar o dever. Daí dizer-se que a responsabilidade ambiental é objetiva, pois não se interessa pelo elemento volitivo do agente causador do dano. Além disso não é imprescindível que haja cometido ato ilícito pois basta um dano advindo de uma atividade perigosa.⁵⁹

Ocorre, no entanto, que, conforme aqui exposto, no caso do dano ambiental cometido por indígena, haja vista seu tratamento diferenciado, analisa-se não apenas os elementos de responsabilidade objetiva, mas também a questão da tradicionalidade.

Trata-se de situação excepcional que acaba causando um paradoxo, pois ao mesmo tempo que lida com a responsabilidade objetiva do dano ambiental também estabelece um elemento subjetivo, referente ao elemento volitivo do agente causador do dano. Ser uma conduta tradicional ou não,

58 SANTILLI, CARVALHO e DUARTE in DUARTE, 2013

59 DUARTE, 2013

portanto, é uma questão subjetiva pois analisa o sujeito da conduta, bem como extrapola os requisitos objetivos (ação/omissão, dano, nexos causal).

A questão é: como se analisa a tradicionalidade ou não na prática forense?

2.2. O reconhecimento da tradicionalidade: meio de prova no Judiciário

A análise acerca da tradicionalidade ou não da ação que gerou o dano ambiental é uma questão que deve ser analisada com cuidado, daí a necessidade de partir de um caso concreto. A partir dele, percebe-se que a questão normalmente é resolvida pelas considerações subjetivas dos agentes públicos, que, em uma verificação caso a caso, decidem se tratar de algo tradicional ou não, verificando se a finalidade foi sustentável ou não. Em caso de dúvidas supõe-se que um laudo antropológico resolve a questão.

No caso que usaremos como ponto de partida para o estudo, a tradicionalidade foi reconhecida usando como argumento que a lógica de ocupação deles é de permanência, e não de simples exploração, e que o vínculo entre o suposto desmatamento e o modo de vida já era suficiente para inocentá-lo.

Trata-se do caso de Ailton Garcia, cacique na aldeia Jeyty, de etnia Guarani M'Bya. Ele foi flagrado pela polícia ambiental cometendo crime ambiental, por desmatar uma área de cerca de 0.75 hectares de Mata Atlântica para construir ocas e uma plantação. Foi indiciado pela Polícia Civil e denunciado por violação da Lei de Crimes Ambientais de São Paulo na Justiça Estadual. A pedido da FUNAI, o feito foi remetido à Justiça Federal, na qual o Ministério Público Federal opinou pela absolvição sob o argumento

de tradicionalidade, opinião esta acatada pelo Juiz Federal, que o absolveu sumariamente.⁶⁰

Frise-se que o fim pretendido ao realizar o dano foi o de construir ocas e uma pequena plantação, o que é compatível com o modo de vida sustentável e em harmonia com os bens naturais.

É importante notar, ainda, que a extensão do dano foi de apenas 7,5 mil metros quadrados, uma área inferior a um hectare. Ressalte-se que, no município em que ocorreu o dano (Iguape-SP), um Minifúndio é de até 16 hectares, ou seja, 160 mil metros quadrados.⁶¹ Pode se afirmar, portanto, que foi um dano de pequena escala. Considerando ainda que se trata de uma aldeia com 30 indígenas fica evidente que o dano foi totalmente proporcional ao fim pretendido.

Os critérios usados nesse caso, portanto, evidenciam que será considerado tradicional um dano ambiental de pequeno porte que seja feito para garantir a pura subsistência.

Esse caso também evidencia outra questão importante: que a constatação da tradicionalidade pode ser feita pelos próprios agentes públicos, sem precisar da opinião de um especialista. A promotoria e o juiz federal ao analisarem o caso, considerando as questões fáticas, já definiram se tratar de tradicional.

Há ocasiões, então, que não é necessário uma grande arcabouço fático probatório para se fazer o reconhecimento.

Caso esse entendimento não seja tão simples, pelas questões específicas do dano ambiental, a ideia é que seja feita uma análise mais detalhada por um especialista. Com isso, o reconhecimento da tradicionalidade ou não seria feita por um laudo antropológico.

60 <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2018/08/30/cacique-e-absolvido-apos-ser-acusado-de-cometer-crime-ambiental-para-sobreviver.ghtml>

61 Valores obtidos com base nas Informações do INCRA
<http://www.incra.gov.br/tamanho-propriedades-rurais>

Por outro lado, algo que definiria um dano como não tradicional seria aquele que evidentemente não tivesse como finalidade uma produção voltada para a subsistência da comunidade:

Caso a exploração desenvolvida pelos indígenas ultrapasse a produção voltada para subsistência da comunidade, utilizando-se de métodos não tradicionais, impõe-se a obediência às normas de proteção ambiental vigentes, sob pena de incidir sanções penais, cíveis e administrativas. A Constituição Federal impõe a todos, sem qualquer distinção, o dever de proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁶²

Percebe-se, portanto, que o principal critério para definir algo como tradicional é uma análise qualitativa e quantitativa de razoabilidade e proporcionalidade para verificar se há uma vinculação com sustentabilidade ou não.

Não há, no entanto, vedação a condutas não tradicionais de exploração do meio ambiente. O que ocorre é que, caso se opte por essas condutas, deve haver a observância das normas ambientais, já que a responsabilização só ocorre quando houver o desrespeito dessas normas. Há, então, uma mudança de regime jurídico, uma vez que todos devem proteger e preservar o meio ambiente, não devendo ser a condição de indígena uma escusa para degradar o meio ambiente de forma arbitrária.

O reconhecimento da autonomia indígena assegura a possibilidade de optar por uma exploração de suas riquezas de maneira não-tradicional, independente da finalidade. Ao fazer esta escolha, desvinculando-se de seus usos, costumes e tradições, impõe-se a observância das normas

62 DUARTE, 2013

ambientais, voltadas para exploração racional dos recursos naturais⁶³

Considerando isso, é razoável que apenas as condutas tradicionais sejam protegidas de qualquer responsabilidade, já que elas representam uma cultura ancestral que deve ser amparada, mas que as não tradicionais não gozem da mesma proteção, uma vez que o meio ambiente também deve ser protegido.

CONCLUSÃO

A temática da responsabilização indígena por dano ambiental é um assunto de extrema relevância haja vista a importância ecológica das áreas em que há Terras Indígenas. Importância esta que é evidenciada pela quantidade de Unidades de Conservação que tem suas áreas coincidindo total ou parcialmente com Terras Indígenas.

São duas proteções constitucionais igualmente importantes: a proteção aos usos e costumes indígenas e a proteção constitucional ao meio ambiente equilibrado, concretizado no instituto da responsabilidade objetiva. Conciliar ambas é o desafio. No caso de dano ambiental por indígena ou com a participação deles como é feita a responsabilidade? Primeiramente, ela é (1) individualizada na figura do agente ou (2) é feita através da FUNAI?

Entende-se que a primeira opção é a mais indicada. Isso porque os indígenas conquistaram ao longo dos anos intensa autonomia. Antes eram vistos como um momento transitório e entendia-se que eles logo estariam integrados a sociedade, cessando qualquer proteção especial. Essa visão ganhou o nome de paradigma integracionista e esteve presente nos textos

63 DUARTE, 2013

legais até recentemente. Na Constituição de 1988, no entanto, eles ganham o direito de terem seus usos e costumes protegidos, inclusive possuem o direito de ter, até mesmo, sistemas jurídicos próprios. São reconhecidos como nações próprias ao mesmo tempo que são parte integrante da sociedade brasileira. O *status* de índio não é perdido ao se acessar o *status* de cidadão brasileiro. Isso porque para ser reconhecido como índio basta que haja autoidentificação e identificação dos seus pares, conforme previsão na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73)

Cabe perceber que esses direitos previstos na Constituição, referentes à manutenção de seus usos e costumes, são fruto de intensa participação indígena, que estiveram com participação ativa na Constituinte. Embora não tivessem assento no Parlamento, estiveram em delegações, conversando com os parlamentares e fazendo pressão para que não houvesse supressão de seus direitos.

Além disso, a autonomia indígena é reconhecida pelo direito internacional, através da Convenção 169 da OIT e da Declaração de Barbados I. A Convenção 169 prega a intensa participação indígena nas tomadas de decisão e a Declaração de Barbados prega que o Estado deva garantir às populações indígenas “o direito de serem e permanecerem elas mesmas, vivendo segundo seus costumes” de “se organizarem e de se governarem segundo sua própria especificidade cultural”, sem contudo impedir aos seus membros “o exercício de todos os direitos do cidadão”. Propugnava, então, como direito inalienável dos indígenas, o de serem protagonistas de suas próprias lutas de emancipação e seu próprio destino.

Importante notar que o indígena é ser autônomo e capaz, que possui acesso à informação acerca da legislação ambiental não indígena. Isso porque muitos indígenas possuem curso superior, havendo inclusive cotas para eles em Universidades Públicas. Além disso, há participação política, ocupando mais comumente cargos em nível estadual e municipal, mas

também, em muito menor número, em nível nacional. Nas eleições de 2018, por exemplo, foi eleita a primeira deputada federal mulher indígena.

Responsabilizar a FUNAI é insistir em um regime de tutela que os trata como incapazes. Esse regime ainda está diretamente relacionado a casos de abuso de poder. Um desses abusos é o condicionamento de entrega de produtos a “bom comportamento”. Trata-se da possibilidade de deixar de ceder equipamentos e sementes para o plantio, bem como dificultar o comércio⁶⁴ – dentre outras possibilidades –, para índios considerados “problemáticos”.

Além disso, outros desses abusos estão no caso de lideranças indígenas que foram afastadas por não corresponderem aos interesses do órgão. Importante perceber que essa destituição não carecia de oitiva dos indígenas, o que corrobora a ausência de poder para deliberar e se autogovernar daqueles grupos, o que incidia em um aumento da dependência e da dominação sobre eles.⁶⁵

Há relatos, ainda, de negativas de direito de associação e reunião, de Associação dissolvida pela FUNAI por não ter sido autorizada pela própria FUNAI, além de relatos de proibição de reunião nas aldeias. As punições por desobediência incluíam ameaças de prisão, transferência de Posto bem como expulsão das terras.⁶⁶

Dentre esses abusos, um dos pontos marcantes de conflito entre indígenas e FUNAI foi o caso Juruna e seus desdobramentos. Mario Juruna, importante figura política indígena desejava a emissão de seu passaporte para que ele comparecesse em um evento internacional, que trataria de assuntos do interesse dos indígenas. A FUNAI se manifestou contrária a viagem e negou a emissão do passaporte, o que fez a discussão sair do âmbito administrativo e ganhar contorno judicial. A Justiça definiu que o

64 LACERDA, 2007, fl 96.

65 cf. CIMI, Boletim nº Ano 6 nº n.º 34, jan./fev. de 1977, p.30. In fl. 97

66 LACERDA, 2007, fl 101.

passaporte deveria ser emitido e que não poderia ser negada a emissão de passaportes em situações semelhantes. Sem poder impedir a viagem, a FUNAI tentou enquadrar os indígenas na Lei dos Estrangeiros para responsabilizá-los criminalmente por eventuais críticas que fizessem ao Brasil quando nessas reuniões, o que poderia resultar em expulsão do país.⁶⁷

Por fim, cita-se como caso de abuso a utilização da tutela para prejudicar a condição patrimonial dos tutelados, evidenciada pela extinção da SPI por, dentre outros motivos, prejudicar o patrimônio indígena.⁶⁸ Outra evidência disso é a possibilidade de que fossem tomadas atitudes econômicas contrárias aos interesses indígenas e totalmente voltados para a questão econômica da Amazônia. Daí dizerem que os interesses desses órgãos estão totalmente distantes dos seus tutelados, estando muito mais próximos dos interesses dos grandes produtores, mineradores e madeireiros.⁶⁹

Percebe-se, então, que o regime de tutela era reflexo de uma necessidade de controle e dominância e muito pouco relacionada a proteção desses povos.

Ressalta-se, ainda, que esse regime sequer encontra amparo na legislação vigente. Primeiro por incompatibilidade com a Constituição de 88 e com a legislação internacional, que pregam a autonomia indígena. Segundo pelo próprio Estatuto da FUNAI que, desde de 2009, retirou menções a tutela e a substituiu por assistência jurídica.

67 LACERDA, 2007, fl 103.

68 LACERDA, 2007, fls. 98/99.

69 Foi o caso, por exemplo, do acordo, feito pela Funai em 1983, com a Petrolífera Elf-Aquitane, sem qualquer consulta aos índios, permitindo a prospecção de petróleo nas terras dos Sateré-Maué e dos Munduruku (AM). Outro exemplo foi o dos inúmeros contratos de exploração de madeira em terras indígenas firmados pela Funai, muitas vezes sem o conhecimento das comunidades respectivas e, como observa SOUZA FILHO 'não raras vezes contra sua vontade'. LACERDA, 2007, fl.99.

Contrariamente a isso, a Jurisprudência ainda parece resistente ao fim do sistema tutelar. Ora aplicando a culpa *in vigilando*, ora simplesmente aplicando o regime de tutela, a maior parte dos julgados defende a responsabilidade da FUNAI. Baseados na noção dos índios como seres incapazes, sem discernimento, eles insistem na não individualização da responsabilidade. Chama a atenção que parte delas ainda cita um decreto inexistente como justificativa para a responsabilidade indireta.

Esse decreto (Decreto 564/2002) seria, supostamente, um Estatuto da FUNAI. Ocorre que não há Estatuto com esse número e esse sequer é o estatuto atualmente vigente. Os Estatutos da FUNAI, desde 2009, não falam mais em tutela e sim de assistência.

Portanto, não há embasamento legal para a responsabilidade da FUNAI.

Há ainda, na Jurisprudência, julgados que falam em responsabilização direta em caso de índios integrados. O problema deles é que o conceito de índios integrados, isolados ou em vias de integração não são mais utilizados após a Constituição de 1988, por serem conceitos do paradigma integracionista, não recepcionado nela. O conceito de índio isolado se refere atualmente apenas àqueles grupos com pouco ou nenhum contato com outros grupos, não devendo ser usado como parâmetro para definir a responsabilidade ou não. Isso porque, o grau de envolvimento com outras comunidades não desconfigura a qualidade de indígena.

A responsabilidade, portanto, deve ser individualizada sem necessidade de obedecer a essa condição. Especialmente porque, além dos motivos expostos (do não amparo na legislação vigente e da não compatibilidade com o sistema atual fático e legal), a responsabilidade em nome da FUNAI ainda causa confusão patrimonial. Segundo o próprio Estatuto da FUNAI, não confundem-se o patrimônio da fundação e dos protegidos. Com isso, seria extremamente danoso que respondessem pelos danos, pois teriam que usar o dinheiro da Fundação, o que poderia prejudicar sua própria atividade-fim por falta de verba.

Outro fator importante em relação a responsabilidade é em relação às limitações a essa responsabilidade, o que abre mais três opções: (1) a impossibilidade total de responsabilizar, pois o direito indígena sobre as terras é originário e anterior a proteção ambiental, devendo aquele prevalecer sobre este; (2) a possibilidade de responsabilizar quanto ao uso não tradicional das terras, haja vista que a proteção constitucional é ao modo de vida tradicional indígena e os direitos deles não são absolutos, devendo sempre ter em vista um balanceamento entre eles e a proteção ambiental; ou (3) a possibilidade de responsabilizar por todo e qualquer dano, considerando a aplicação de uma tese de responsabilidade integral e objetiva, que costuma ser a tese usada em questão ambiental.

A maior parte da doutrina defende a segunda opção, que balanceia a proteção ambiental com a proteção indígena constitucional ao modo de vida tradicional.

Haja vista a importância do bem jurídico ambiental, a legislação se deu de forma a responsabilizar de forma objetiva danos ambientais, o que significa dizer que, havendo nexo causal entre a ação/omissão e o dano ambiental, haveria a responsabilidade, sem necessidade de analisar elementos subjetivos como culpa.

Os indígenas, no entanto, possuem direito a seu modo de vida tradicional, de forma que a proteção ambiental não deve sobrepor esse direito. Com isso, todo dano feito de forma não tradicional seria sujeito a responsabilidade, enquanto que os atos tradicionais não estariam sujeitos a sanção.

Com isso, pode-se dizer que a responsabilidade ambiental objetiva recebe uma nova condicionante que é a tradicionalidade ou não. Trata-se de situação excepcional em que outro elemento, além do nexo causal é avaliado em uma responsabilidade objetiva. Mais do que isso: é avaliado um elemento subjetivo.

É um elemento subjetivo pois analisa elementos relativos ao autor da ação ou omissão, verificando a reprovabilidade da conduta. Uma conduta

não tradicional seria muito mais reprovável que uma conduta tradicional, pois uma conduta tradicional seria algo necessário para a manutenção daqueles povos.

Cabe questionar então o que definiria uma conduta como tradicional ou não e como essa análise é feita na prática forense. O que foi possível notar é que o juiz verifica a sustentabilidade da conduta, definindo ações sustentáveis como tradicionais.

Se for um dano de pequena amplitude, realizado para sobrevivência da comunidade, aquela ação será considerada tradicional sem problemas.

Não é necessário, então, a realização de provas da tradicionalidade se, utilizando-se de uma análise racional, o juiz conseguir determinar a questão. Se houver dúvidas há ainda a possibilidade de realização de um laudo antropológico para determinar a questão com mais clareza, analisando os usos e costumes da etnia específica do autor do dano.

Conclui-se, então, que a responsabilidade deve ser individualizada, incidindo sobre atos não tradicionais⁷⁰.

Perceba-se que a responsabilidade por danos realizados de forma não tradicional não pretende excluir os indígenas da possibilidade de se atualizarem e adotarem novos métodos ou práticas. O que se pretende é simplesmente garantir que a proteção ambiental se concretize.

Ainda haverá a possibilidade de se adotarem técnicas não tradicionais sem responsabilidade. Basta que haja obediência às normas de direito ambiental. Com isso, ambas as proteções podem ser garantidas.

70 Ressalte-se que o que se entende por responsabilidade civil inclui obrigações de fazer, de forma a reparar o dano, responsabilização mais adequada para esses povos do que uma multa, pois eles não se encaixam tradicionalmente no conceito de sujeito proprietário. De tal forma que toda a comunidade poderia contribuir para a realização da reparação.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Código Civil de 1916

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

BRASIL, Decreto nº 5.484 de 27 de junho de 1928

BRASIL, Estatuto do Índio, Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973

BRASIL, Estatuto da FUNAI. Decreto nº 564, de 8 de junho de 1992

BRASIL. Estatuto da FUNAI. Decreto nº 4.645, de 25 de março de 2003.

BRASIL. Estatuto da FUNAI. Decreto nº 7.056, de 28 de dezembro de 2009:

BRASIL. Estatuto da FUNAI, Decreto nº 9.010, de 23 de março de 2017.

BRASIL, STJ. RESP Nº 1.580.077/SC. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 05/12/2016

BRASIL, STJ. RESP Nº 1.479.973/SC. Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 06/02/2017

BRASIL, TRE-MS. RP 585302. Rel.: Alexandre Aguiar Bastos. Jul.: 22/08/2011

BRASIL, TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0063274-40.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO, julgado em 05/12/2005.

BRASIL, TRF4, EINF 2001.72.01.004308-0, SEGUNDA SEÇÃO, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, D.E. 14/01/2011

BRASIL, TRF4, AC 2007.71.04.006854-6, TERCEIRA TURMA, Relatora SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, D.E. 07/01/2010

BRASIL. TRF4, AC 0001310-84.2004.4.04.7006, TERCEIRA TURMA, Relatora MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, D.E. 10/02/2011

BRASIL, TRF4, AC: 1262 RS 2004.71.04.001262-0, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 05/04/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 11/04/2011

BRASIL, TRF4, AC 2001.72.01.004308-0, QUARTA TURMA, Relator EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, D.E. 24/11/2008 Decreto n.º 8.072, de 20 de junho de 1910

CIMI, Boletim. Ano 6 n.º 34, jan./fev. de 1977, p.30.

CONVENÇÃO n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 27 de junho de 1989. O governo brasileiro depositou o instrumento que a ratificou em 25 de julho de 2002, tendo sido promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

Declaração de Barbados I de 30 de janeiro de 1971. Disponível em >http://www.missilogia.org.br/wp-content/uploads/cms_documentos_pdf_28.pdf< Acesso em 8 de novembro de 2018.

DUARTE, Gabriela Miranda. A responsabilidade ambiental civil indígena: uma análise jurisprudencial. 2013. Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal. São Paulo. : Saraiva, 2013.

FUJIBAYASHI, Gerson and SONNI, Indianara Pavesi Pini. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO DANO AMBIENTAL.

FUNAI. Quais os critérios utilizados para a definição de indígena? ><http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3>< Acesso em 10 de outubro de 2018.

G1. Cacique e absolvido após ser acusado de cometer crime ambiental para sobreviver>
<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2018/08/30/cacique-e->

[absolvido-apos-ser-acusado-de-cometer-crime-ambiental-para-sobreviver.ghtm](#) I < Acesso em 01 de setembro de 2018.

GARCIA, Carolina, IG – São Paulo. Último Segundo. Sem representatividade no Congresso, eleições têm 85 candidatos indígenas ><https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2014-08-30/sem-representatividade-no-congresso-eleicoes-tem-85-candidatos-indigenas.html> < Acesso em 06 de setembro de 2018.

INCRA. Classificação dos Imóveis Rurais. >[://www.incra.gov.br/tamanho-propriedades-rurais](http://www.incra.gov.br/tamanho-propriedades-rurais).< Acesso em 08 de novembro de 2018.

LACERDA, Rosane Freire. Diferença não é incapacidade. Gênese e Trajetória Histórica da Concepção da Incapacidade Indígena e sua Insustentabilidade nos Marcos do Protagonismo dos Povos Indígenas e do Texto Constitucional de 1988. Tese de Mestrado, UnB. 2007 in >http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/3545/1/2007_RosaneFreireLacerda_1.pdf < Acesso em 31.01.2018

LUCIANO, Gersem dos Santos. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.

MARION, Cristiano Vinícios and TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE E SUAS DIFERENTES ESFERAS DE APLICABILIDADE. 2011. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. ISA. Índios e as eleições.>https://pib.socioambiental.org/pt/%C3%8Dndios_e_as_elei%C3%A7%C3%B5es< Acesso em 06 de setembro de 2018.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. ISA. Organizações Indígenas.>https://pib.socioambiental.org/pt/Organiza%C3%A7%C3%B5es_ind%C3%ADgenas< Acesso em 06 de setembro de 2018.

RANGEL, Lúcia Helena. Vida em Reserva. In: Vários autores. Índios no Estado de São Paulo: resistência e transfiguração. São Paulo: Yankatu Editora: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1984. Disponível em >
<http://www.cpisp.org.br/pdf/IndiosemSaoPaulo-ResistenciaeTransfiguracao.pdf>< Acesso em 07 de janeiro de 2018.

RANGEL, Lucia Helena. Índios brasileiros, despossuídos de terra. Mão de obra marginal. 1990. Disponível em: >
http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v04n03-04/v04n03-04_05.pdf< Acesso em 18 de fevereiro de 2018.

RANGEL, Lúcia Helena. Vida em Reserva. In.: Ana Amélia da Silva; Miguel Chaia. (Org.). Sociedade, Cultura e Política: ensaios críticos. 1ed.São Paulo: Educ - Editora da Universidade Católica, 2004, v. 1,

RIBEIRO, Paulo Silvino. "Etnocentrismo"; *Brasil Escola*. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/etnocentrismo.htm>>. Acesso em 14 de setembro de 2018.

RICARDO, Fany and OUTROS. Terras Indígenas & Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições / organização Fany Ricardo. -- São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004 >
<https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/10144.pdf>< Acesso em 02 de abril de 2018.

SANTOS, Caroline Marinho Boaventura. Da ausência de responsabilidade civil da FUNAI pelos atos praticados por indígenas. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50528>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SILVA, Cristhian Teófilo da. Identificação étnica, territorialização e fronteiras: A perenidade das identidades indígenas como objeto de investigação antropológica e a ação indigenista. Revista de Estudos e Pesquisas, FUNAI, Brasília, v.2, n.1, p.113-140, jul. 2005. Disponível em <
<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Revista-Estudos-e-Pesquisas/>

[revista_estudos_pesquisas_v2_n1/3.%20Identificacao_etnica_territorializacao%20e%20fronteiras.pdf](#)> Acesso em 09.02.2018

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. 1ª ed., (ano 1998), 6ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2009.

STREIT, Maira. PÚBLICA. 35 anos depois do deputado Juruna, indígenas continuam sem representação política no país. > <https://apublica.org/2018/04/35-anos-depois-do-deputado-juruna-indigenas-continuam-sem-representacao-politica-no-pais/> < Acesso em 06 de setembro de 2018.